

アメリカ行政手続の一考察(一)

田 中 館 照 橘

目 次

第一章 総 説

第一節 序 説

第二節 わが国における行政手続

第三節 アメリカ行政法の範圍

第四節 アメリカ行政法上の行政機関(本号)

第二章 アメリカ行政法上の行政手続

第三章 アメリカ行政法上の Institutional Decision について

第四章 結 語

第一章 総 説

第一節 序 説

一 戦後、わが国において憲法がその根本的な変革を要求されたことによつて、行政法体系もまた、基本的基盤を

改革せしめられるにいたつた。そして、その行政法体系の改革においてとられた基本的方向が、憲法が英米法体系を継受したと同じく、また、英米法体系を継受し、それを基盤としたことは、一般に認められているところである¹⁾。したがつて、これと相まつて、英米行政法研究の氣運が高まつたことは当然の成り行きであつた。しかし、かかる英米行政法の研究方向は、主として、英米行政法の技術的、制度的な側面にむけられていたといえよう²⁾。

一方、従来からわが国の行政法は、ドイツ行政法の強い影響をうけ、すでに独自の行政法の基礎を確立し、種々の国法上の問題がそれによつて解決されて来た。したがつて、戦後、英米法体系が継受されたからといつて、直ちにそれがわが国に根を下して、本来の機能を有効に果たすか否かということについては疑問がもたれたのは、これまた当然であつた。それ故、英米法体系——とくにアメリカ行政法体系がわが国の行政法の分野において、その本来の機能を果しうるためには、その技術的、制度的な側面の研究を行うだけでは不充分といわなければならない。したがつて、アメリカ行政法の総合的、構造的、実質的研究が要請されるのである。

二 しかし、わが国の行政法の變革を、単にドイツ的行政法からアメリカ的行政法への轉換としてとらえることは、妥当ではない。なぜならば、本来、ドイツ的行政法とアメリカ行政法は、その發生はもちろん、その發展の歴史的、社会的、經濟的、政治的背景を異にしているからである。すなわち、一言にしていえば、ドイツ行政法が、国家と個人との権力服従關係を規律する法としてとらえられていたのに対し、アメリカ行政法が、一般国民の利益の擁護を目的とした法としてとらえられるところに、本質的な相違があつた³⁾。そして、アメリカ行政法の發生の背景には、一方には、国家的行政的便宜の要求と、他方には国民的個人的利益の保護の主張との絶え間ない調整の歴史があつたともいえるのである⁴⁾。

アメリカ行政法が、右の二つの要請から生れてきた關係上、第一には、いかなる機関にどの範圍の規制権を与える

べきかという問題、第二には、行政処分が不当または違法であつた場合に、いかなる救済が国民に与えられるべきであるか、の問題、第三には、行政の行われる手続そのものが、行政の便宜と国民の諸権利とを総合的に調整したものでなければならぬが、いかにしたら、そのような手続が発見できるであろうか、という問題が、最大の課題として登場したのである。

これに対し、わが国の行政法では、従来、(1)行政の組織権限の問題、(2)行政処分の効力の問題、不当・違法の行政処分に対する救済問題などに関しては論議されてきたが、国家の行政の便宜ないしは目的の実現にのみ急であり、国民の権利・利益の保護という立場から、行政処分の公正な手続の問題や権限の問題と有機的に関連づけて構想するという課題は、十分に検討されていなかった⁵⁾。しかし、日本国憲法下の行政法が、民主行政、法治行政、福祉行政の三つを柱とするに至つた現在、国民の信託をうけた公務員が行政目的を実現していくに當つて、いかにしたら公正な行政手続をとりうるか、ということに関する研究と検討は、急を要する問題となつた。

三 本稿は、アメリカ行政法上の *Institutional Decision* の問題を主としてとり扱うことを目的としているが、この問題はアメリカ行政手続の一部を構成しているので、一応、アメリカ行政法の生成、発展、構成などについても簡単に触れることにする。したがつて、本稿の構成は、まず、第一章総説においてわが国の行政手続の動向についてふれ、ついで、アメリカ行政法とはいかなる範囲のものであるのか、そしてまた、本稿で問題とする行政機関とはどういう行政機関を指すかについて説明した。これは、アメリカの行政過程の把握のために必要なものと思われたからである。第二章においては、そのようなアメリカ行政法とはどのようなようにして生成して来たか、そしてどのような特色があるかについて簡単に触れ、アメリカ行政法の裁決手続の素描を試みた。第三章においては、アメリカ行政法上の *Institutional Decision* (制度的決定) について解明し、第四章において、この点に関する現在の問題と将来の問題に

ついて触れ、結論に代えることにした。

(1) 鵜飼信成編「行政手続の研究」三三四頁

(2) 鵜飼・同右

(3) 田中二郎「行政法総論」七三頁「ドイツにおいては、……国民を国家の権力に服従すべきものとして国家と対立せしめ、この国家と個人との権力服従の関係を規律する法を行政法として構成した。」、須貝修一「西独逸行政裁判制度の発展」法学論叢五九卷四号、園部逸夫「ドイツ行政訴訟制度」公法研究一五号、また、田中二郎前掲書七五頁「英米の行政法は、……行政機関の権限、その権限行使の手続及びこれらのコントロールに関する法を中心として発達し、……それは、正に、公共の福祉の見地から、庶民の利益を擁護することを目的としたものであつた。」

(4) 鵜飼信成「行政法の歴史的展用」一九一頁以下。拙稿「アメリカ行政法の一考察」レファレンス一二六号六九頁以下。

(5) 鵜飼信成編「行政手続の研究」三頁、和田英夫「アメリカ行政法の基礎問題」同書一九六頁「アメリカ行政法の継受は……その現実はずしも十分な配慮をもつて遇されたとはいえず、むしろそれは、ごく限られた分野での断片的、無体系的、個別的な紹介や研究に終始したきらいもなかった。」

第二節 わが国における行政手続

一 「法律による行政の原理」(Grundgesetz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung)が、わが国明治憲法下においても、新憲法下においても、等しく一貫して貫ぬかれている行政法上の基本原理であることは、一般に認められているところである。⁶⁾「法律による行政の原理」の一般的定義は、行政処分によつて、国民の権利または自由を制限ないしは剥奪する場合には、法律に基づき法律の規定にしたがつて、行わなければならないということである。⁷⁾この原理は、法治国家(Rechtsstaat)の重要な原理の一つである。

さて、かかる「法律による行政の原理」に依拠した行政機関による処分が違法または不当に行われた場合、国民の

権利利益の救済は、如何なる手続によつて行われるべきであらうか。その救済手段としては、第一に、行政主体が自ら積極的に職権によつて違法または不当な処分を取消し、国民の権利・利益を保護するという手段がある。しかし、かかる行政主体の自主的な手段のみでは、その完全な是正を期待することはできない。したがつて、第二の方式として、現行行政法制度の下では、行政処分が違法または不当に行われた場合、これに対し不服のあるものは、行政庁に対する不服の申立を行うか、または、法律に従つて、行政訴訟を提起し、その事後的救済を求めることができることになつてゐる。これが、行政上の事後的救済制度であり、行政上の争訟と呼ばれるものである⁸⁾。

二 行政上の事後的救済制度には、沿革的にみて大別すると、一つには、ドイツ、フランス、その他のヨーロッパ大陸諸国家の制度に依拠するものと、二つには、英米法諸国家の制度に依拠するものがある。前者の大陸諸国家においては、一般に、司法裁判所とは系統を異にする行政組織の一つとして行政裁判所を設け、これらの機関が、訴願、行政訴訟等に関する特別の手続に従つて、行政上の争訟を裁断すべきものとされている⁹⁾。

一方、英米法諸国家においては、従来、行政上の争訟は、原則として司法裁判所の管轄に属するものとされ、特別の裁断機関（行政裁判所）を認めていなかったのである¹⁰⁾。

わが国は、前者のドイツ法制度にならつた行政争訟制度を導入したが、このような行政争訟制度による行政上の事後的救済手続は、いわゆる列記主義をとり、法律に列記された事項についてのみ認められるに止まり、列記されない事項については、何ら事後的救済手続は認められていなかった。これは、實質的に公正な行政を確保し、国民の権利・利益を確保することよりも、国民を行政権の客体としてとらえ、形式的な法治行政で満足し、行政の便宜と能率をはかることに主眼がおかれたことを物語るものである¹¹⁾。

三 一方、右にのべた如き行政上の事後的救済手続のほか、戦後は、行政監督の方法や事後的救済手続での行政

の合法性を認めることはもちろんであるが、従来より国民の主体性を尊重し、国民の行政権への積極的参画を認め、公益と国民の利益との事前の調整に注意を払い、実質的に公正な行政を保障することを目的とする傾向が強くなつた。すなわち、行政庁が行政処分を行う場合、事前に行政処分の申請または行政処分の内容たるべき事項を公示し、さらに、公聴会を開催し、もしくは公開の聴聞を行い、利害関係人などの意見を聴取することにより、公正妥当な行政処分を行わなければならないとしたり¹²⁾、また、各種の許可処分の取消、撤回をなすにあたつて、公開の聴聞を行ない、もしくは、利害関係人に弁明の機会を与えることを要件としたりする例がきわめて多くなつてゐることは、周知の事実である¹³⁾。かかる傾向は、イギリスを主とする諸外国の判例法上に確立された原則であり、とくにアメリカやオーストリア等の諸外国¹⁴⁾の行政手続法の定める原則を導入したものであるといふことができる¹⁵⁾。

四 かかる行政手続¹⁶⁾が要請されるにいたつた主たる原因は、(1)近時のように、行政活動の範囲が広汎にわたり、行政の対象そのものが複雑多岐となつたこと、(2)行政行為が国民生活のあらゆる分野に介入するにつれて、正確に事実を把握して、行政運営を合理化・適正化し、もつて行政手続を民主化することが強く要請されるにいたつたこと、(3)従来、とくに認められていた事後の救済制度を整備するだけでは、国民の権利・利益の真の救済を保障することはできないこと、(4)また、行政の公正確保が困難であること、が明らかとなつたためと思われる¹⁷⁾。

このような行政手続規制に関する手続法についての問題は、諸外国においては、判例法により、また、一般行政手続法の制定により、何らかの解決をみてゐるところであり、したがつて、決して新奇なものといふことはできない¹⁸⁾。

五 つぎに、諸外国の行政手続法制定の傾向に対し、わが国の場合の行政手続法そのものに対する考え方がないしその立法化は、如何なる方向を辿つてきているのであらうか。

わが国においても、行政手続規定を制定しようとする意図が今までに全くなかつたわけではない。すなわち、昭和

二七年第一三回国会に議員提出法案として、国家行政運営法なる法案が提出されている。本法案は、未成立に終わったが、翌昭和二八年には、行政審議会（運営部会）において、改めて検討されるにいたり、国家行政運営法案要綱（試案）が作成・公表された。本要綱は、その後発展しなかつたが、一試案として、学界の注目をひいた²⁰⁾。これらの案は、比較的簡単なもので、今日の諸外国にみられるが如き行政手続法とは比較しえないものであるが、やはり、一試案として、記録に止めるに値するであろう。

右の二法案は、いずれも、わが国の一般行政手続の立法化を企図しているものの、主として、行政運営の能率化の方に力点がおかれているように思われる。その中には、行政運営に関する訓示的規定と、聴聞その他の行政手続的規定が包含されていたが、いずれも不備不徹底のそしりは免れなかつた²¹⁾。ただ、聴聞などの規定からみて、特別法が個別的に規定した行政手続を司法的に秩序づけようとしている限りでは、行政手続の司法化も認められていないわけではない。本法案の規制方法は、アメリカの行政手続法に類似しているようであるが、その基底はヨーロッパ諸国の立法例に近似しているといわれている²²⁾。

このような行政手続規制の立法化の徴候は漸次、脚光をあびることになり、わが国行政法の将来の課題として行政手続法の制定が学界においても真剣に検討されるべき段階にいたつた²³⁾。その最初の段階として諸外国の行政手続法の研究が必須とされるが、戦後日本の行政法体系が英米法体系の継受という形をとつたことから、アメリカ行政手続法の紹介と研究が、日本の公法学界において強く打ち出された²⁴⁾。そして、また、この傾向が生じたのは、ただそれだけではなく、英米法の基本原則たる「適法手続」「公正手続」が強く日本の行政法に要請されるにいたつたためであらう²⁵⁾。

なお、行政法上の事後的救済手段たる行政不服審査法（昭和三七法一六〇）の制定とあいまって、わが国の行政手

統法の分野においても、事後的救済手段の合理的綜合的調整が、つぎの段階として大きくクローズ・アップされようとしている²⁶⁾。

(6) 田中二郎「法律による行政の原理」参照

(7) 田中二郎前掲書三頁以下

(8) 田中二郎教授は、「行政法」上巻で「行政上の争訟」というものは、広く行政上の法律関係について、争いまたは疑いがある場合に、利害関係者からの争訟の提起に基づいて、一定の判断機関がこれを審理し、判断する手続を総称する。これを広義の行政上の争訟という。……普通、行政上の争訟という場合は、通常裁判所とは系統を異にする行政組織内の特別の機関により行政の法律関係に関する争いまたは疑いを判断する手続を総称する意味に用いられる。これを狭義の行政上の争訟という(二七〇頁以下)とされ、さらに行政審判については、「行政上の法律関係について争い又は疑いのある場合に、利害関係人からの争訟の提起に基づき、行政機関がこれを裁断する手続を総称して、行政機関による審判という(二七七頁)」と定義されている。田上禮治「行政法原論」では、行政上の司法救済を正式の争訟とし、行政機関による救済を略式の争訟とされている。この外、磯崎辰五郎「行政法(総論)」(一四六頁以下)では、「学者が行政審判、行政訴訟という用語を用いずとも、その性質は、本質的に変化するものではない」とされている。

(9) 雄川一郎「行政争訟法」一九頁以下

(10) 雄川・前掲書参照

(11) 田中二郎「行政法(上)」二八七頁以下。雄川・前掲書三三頁以下。ここでは、行政機関の行政活動とは、国家の特定の行政目的を実現するものであるから、それが法律に依拠してさえいれば、それで法治行政の要請を充足するものであると考えられていた。したがって、それがいかなる手続に従って行使されるべきかについては、特別の例外を除くほかは、とくに注意を払うこともなく、行政処分が違法または不当に国民の権利・利益を侵害する場合に、事後の救済を与えれば足りるのだという考えが支配的であつた。もちろん、行政上の手続を規制している例もないわけではないが、それらの多くは、内部的な職務命令による

もので、外部的には、何らの法的拘束力もたないと考えられていたのである。

(12) 田中二郎「行政手続の諸問題」公法研究二三号八二頁以下。そこで田中教授は、ドイツにおいても営業法 (Gewerbeordnung) などの個々の立法で、ある処分をするに当つて事前に利害関係人の意見を聞き、その利害関係の調整を図っている例がある (一七条以下) ことを指摘し、わが国の戦前の事前の利害関係の調整をなすことを処分の要件としている例として、公有水面埋立法三条―八条をあげ、これも例外であつたと説明されている。

漁業法第一条 ①都道府県知事は、漁業の免許について、海区漁業調整委員会の意見をきき、漁業種類、漁場の位置及び区域、漁業時期その他免許の内容たるべき事項、申請期間並びに共同漁業についてはその関係地区をあらかじめ定めなければならない。

② 都道府県知事は、海区漁業調整委員会の意見をきいて、前項の規定により定めた免許の内容たるべき事項、申請期間又は関係地区を変更することができる。

③ 海区漁業調整委員会は、前二頁の意見を述べようとするときは、あらかじめ、期日及び場所を公示して公聴会を開き、利害関係人の意見をきかなければならない。

鉱業法第一〇六条 ①鉱業権者又は租鉱権者は、前二条の規定により他人の土地を使用し、又は収用しようとするときは、省令で定める手続に従い、通商産業局長に申請して、その許可を受けなければならない。

② 通商産業局長は前項の規定による許可の申請があつたときは、関係都道府県知事に協議するとともに、鉱業権者又は租鉱権者並びに土地の所有者及び土地に関して権利を有する者の出頭を求めて、公開による聴聞を行わなければならない。

③ 通商産業局長は、前項の聴聞をしようとするときには、その期日の一週間前までに、事案の要旨並びに聴聞の期日及び場所を当事者に通知し、且つ、これを公示しなければならない。

④ 聴聞に際しては、当事者に対して、当該事案について、証拠を提示し、意見を述べる機会を与えなければならない。

道路運送法第一二二条の二 ①陸運局長は、その権限に属する左に掲げる事項について、必要があると認めるときは、利害関係

人又は参考人の出頭を求めて聴聞することができる。

一 自動車運送事業の免許

二 自動車運送事業の停止及び免許の取消

三 自動車運送事業における基本的な運賃及び料金に関する認可

② 陸運局長は、その権限に属する前項各号に掲げる事項について利害関係人の申請があつたとき、又は運輸大臣の権限に属する前項各号に掲げる事項について運輸大臣の指示があつたときは、利害関係人又は参考人の出頭を求めて聴聞しなければならない。

③ 前二項の聴聞に際しては、利害関係人に対し、意見を述べ、及び証拠を提出する機会が与えられなければならない。

④ 第一項及び第二項の聴聞に關し必要な事項は、運輸省令で定める。

(19) 独占禁止法四五条以下（今村成和「行政委員会における行政審判」公法研究二四号一七一頁は、わが国において、国家行政組織法別表第一にあげられている外局たる委員会は一一、入事院を入れて一二あるが、このうち「アメリカ型行政委員会」の形態を残すのは公正取引委員会だけであつて」しかも、「独占禁止法の運用に関する同委員会の活動においてのみ、いわゆる行政委員会による行政審判の活用が見られるということになる」ことを指摘している）、破壊活動防止法第二章以下などの如き行政委員会における準司法的手続を経て行われる場合もあるが、その多くは通常の行政機関によるいわゆる「公開の聴聞」の手続を経るに止まる。

風俗営業取締法第五条 ①「公安委員会が……営業の許可を取り消し、若しくは営業の停止を命じ、又は……営業の停止を命じようとするときは、当該営業を営む者、又はその代理人の出頭を求めて、公開による聴聞を行なわなければならない。

② 公安委員会は……法令又は条例の違反の行為並びに聴聞の期日及び場所を、期日の一週間前までに、当該営業を営む者に通告し、聴聞の期日及び場所を公示しなければならない。」

温泉法第十九条、第二〇条、第二一条「都道府県知事が第五条（許可の取消）第六条（許可の取消・公益上必要な措置命令）第

九条（温泉採取制限命令）又は第十八条（浴用飲用許可等の取消等）の規定による処分をしようとするときは、その処分をうくべき者にその処分の理由を通知し、本人又はその代理人の出頭を求めて公開による聴聞を行わなければならない。」

(14) 一九二五年のオーストリア一般行政手続法 (Das allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz-ABG, 1925, B. 172-1950) は第一編通則の下に、官庁（一七条）、当事者とその代理人（八一一条）、官庁と当事者との交渉（一二二条）、送達（二二—三二条）、期間（三三—三六条）、処罰（三四—三六条）、口頭審理（四〇—四四条）、証拠としての一般原則（四五、四六条）、記録（四七条）、証人（四八—五〇条）、当事者訊問（五一一条）、鑑定（五二、五三条）、検証（五四条）、間接証拠調と立証（五五条）、第三編決定 (Bescheide) の下に、決定の処置（五六、五七条）、決定の内容と形式（五八—六二条）を規定し、第四編権利救済の下に、訴の提起 (Berufung) （六三—六八条）、決定の変更（六八—七二条）、裁決の義務（七三条）を規定し、第五編費用（七四—七九条）、第六編結び規定（八〇条）を規定している。

チューリンゲン行政法 (Landesverwaltungsordnung für Thüringen-LVO, 1926) は、第一編州行政の機構（一—五六条）につづいて第二編手続、第一章一般手続の下に、事物及び土地の管轄（五七、五八条）、行政手続の原則（五九条）、召喚（六〇条）、職権審理 (Amtliche Verhandlung) （六一条）、期間の計算（六一—六四條）、通告（六五條）、送達（六六—六九條）を規定している。さらに、第二章行政裁判手続（七〇—一二二条）、第三章処分の取消及び変更（一二三—一四六条）、第四章強制手続（一四七—一八六条）、第三編結び及び経過規定（一八七—二〇五条）を規定している。

ヴェルテンベルグ行政手続法草案 (Der Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetz für Württemberg-VVG, 1931) は、第一章序規定（一、二条）につづく第二章行政官庁の下に、権限（三一—四四条）、職務共助（五五条）、職務上の監督（六一—一二条）、国家地方行政（一三—一八条）を規定し、第三章手続通則の下に、通告（一九条）、期間（二〇条）、争訟期間懈怠の宥恕（二一条）、召喚（二二条）、証人及び鑑定人（二三条）、費用（二四条）、公開の口頭審理（二五条）、処罰（二六条）を規定している。さらに第四章行政機関の審判 (Verwaltungsweg) の下に通則（二七、二八条）、始審としての行政機関の審判（三〇、三一条）、訴願としての行政機関の審判（三三—三七条）、第五章行政裁判 (Verwaltungsrechtsweg) の下に行政裁判所（三八—四二

条)、裁判所訴願 (Rechtsbeschwerde) (四三一六八条)、訴訟 (六九一九一条) を規定し、第六章執行手続 (九二一一〇三条) 第七章権限争議 (一〇四一一九条)、第八章経過及び結び規定 (一二〇一二三条) を規定する。(園部敏「一般行政手続の立法化」法律時報二六卷一〇号六四頁)

(15) 園部敏「続行政法の諸問題」三頁以下。ジュリスト二二二号「特集行政手続法」参照。田中二郎「行政手続法の諸問題」公法研究二三号八二頁。

(16) ①田中二郎教授は、行政手続とは何かという問題については、その説くところは一樣ではないという前提の上にたつて、つぎのように、行政手続を分類されている。

(i) 行政手続の形式的意義と実質的意義——行政庁の行為の成立過程を行政手続と呼ぶことがあり (形式的行政手続)、また行政庁以外の裁判所、国会等の行為が実質的に行政行為の性質をもつ場合に、行政行為の成立過程であるという意味で、行政手続と呼ぶこともある (実質的行政手続)。

(ii) 内部的行政手続と外部的行政手続——行政組織内部での上下行政庁の監督関係に基づく訓令、通達などによる秩序づけ、または対等行政庁間の相互牽制による秩序づけとしてなされる場合 (内部的手続) と、また、公益と私益の調整を目的とし、相手方その他利害関係人の権利または利益を保護するための秩序づけとしてなされる場合 (外部的手続) がある。

(iii) 事前手続と事後手続——広く行政手続という場合には、事前手続と事後手続との両者が含まれる。前者については、一般に行政行為をなすに当って、特に人民の権利又は利益の侵害にわたるような行政行為——時には行政立法——をなすに当って、その公正妥当を期するために、その前提となる事実の正確な把握をなし、これに基づいてなされる処分又は計画を公示し、相手方その他の利害関係人の意見を聞き (公開の聴聞、弁明の機会の供与)、事前に、各種の利害の調整を行なった上で、具体的な処分又はその執行をなす等、第一次的行政処分の成立過程においてとられるべき手続を指す。同様のことが行政立法に当たっても行なわれることがある。……事後手続というのは一旦、行政行為がなされ、その効力が生じた後にこれを違法又は不当とする者からの異議の申立、再調査の請求、訴願、審査の請求又は執行停止請求に基づいてこれに対する決定、裁決等をなすに当たつてと

られる手続を指す。田中二郎「行政手続の諸問題」公法研究二三号八九頁以下。

② また、田中二郎教授は、第二五回公法学会のシンポジウムにおいて、「私は事前手続と事後手続を合せて行政手続と呼ぶ」と説明されている。

③ 行政手続というときには、その中には抗告争訟的行政手続とそれ以前の段階で行われる行政手続が含まれるものと考えられる。抗告争訟的手続としては、例えば異議の申立、審査の請求、裁決の申請等の手続があり、それ以前の段階で行われる場合の手続としては、例えば命令・規則・条例の制定等の立法行為の行われる場合の手続と、法律を執行するための執行行為の行われる場合の手続があり、執行行為についても利害関係人の申請をまつて行われるものと行政庁の職権に基づいて行われるものもあり、一定の要式を必要とするものとそうでないものがあり、その間の手続は区々である。山本正太郎「行政手続と行政監察の機能」公法研究二三号、一九一頁。

④ 行政手続が「行政手続」として、行政法の教科書に体系化されたものとしては、綿貫芳源「行政法概論」があげられる。本書の第二編「行政法通則」で、第四章「行政手続」の一章を創設し、第五章「司法的救済手続」と対比している。「行政手続」の章では、第一節「行政手続の意義」、第二節「行政強制—行政上の強制手続及び行政処罰」(行政上の強制手続、行政上の強制執行手続の手段、即時強制手続)、第三節「行政処罰」(概論・行政刑罰とその特殊性、行政上の秩序罰とその特殊性)、第四節「行政審判」(概説、行政審判に関する実定法、審判機関の組織及び権限、審判手続)について説明されている。従来の学説では、行政強制、行政処罰は、一つの独立の章とされていたが、本書では、それらが、行政手続の一貫として、行政審判とともに行政手続に包含されているのが注目される。

(17) 田中二郎前掲論文八三頁

(18) 諸外国においては、その国の歴史的背景により、その制定過程に相違のあることは否定し得ないが、その目的は、いずれも行政を手続的に規制し、それにより国民の権利を実質的に公正に保障しようとしている点において共通する傾向をもっているといつてよいのであろう。

19 国家行政運営法案は、目的（一条）、行政運営の基本原則（二条）、行政機関相互の協力（三条）、行政機能の改善と事務の簡素化（四条）、実施計画の樹立（五条）、行政事務の能率化（六条）、実施基準の設定（七条）、権限の行使（八条）、許可等の処理（九条）、行政手続規定の公示義務（一〇条）、窓口事務の改善（十一条）、所掌事務の普及啓発（十二条）、聴聞（十三条）、行政監察（一四条）を規定している。

国家行政運営法案要綱（試案）は、目的（第一）、基本原則（第二）、所掌事務の改善と簡素化（第三）、実施計画の樹立（第四）、行政事務の能率化（第五）、実施基準の設定（第六）、行政機関相互の協力（第七）、権限の総合調整（第八）、訓令・通達及び処分等のは正（第九）、権限の代理（第一〇）、第二二、権限の委任（第二一）、手続規定の公示（第二三）、窓口事務の改善（第二四）、所掌事務の普及広報（第二五）、聴聞（第二六）、許可等の処理（第二七）、届出の受理・事務処理の証明（第二八）、監察（第二九・第三〇）、地方公共団体の財務を監査する機関相互の連絡（第三一）をとり入れている。（園部敏「一般行政手続の立法化」法律時報二六卷一〇号六五頁）

20 田中二郎前掲論文

21 田中二郎教授は、これらの案は「とくに、異議の申立、訴願、訴訟等の事後救済手続には触れることなく、また、それらの手続との関連について、何らの考慮も払っておらず、したがって、その制定実施には格別に実効を期待し得ないように思われた」とされ、行政手続の本質的問題についての規定のないことによる不備を指摘され、したがって、これが、「かえつて、真に行政手続法の名に値するものの制定が看過されることを惧れ、それらの案に対しては、むしろ反対の態度をと」られたわけである。田中二郎公法研究一一号一五一頁。

22 園部前掲論文・青木正委員・国家行政運営法案理由説明―第三三国会衆議院内閣委員会議事録二九号

23 ①橋本公巨教授は、「行政法の将来とその課題」（ジュリスト一九三三号二九頁）として、行政手続法の制定の必要性をとかれ、当面の課題として、諸外国の行政手続法を研究し、わが国に適合するような制度を考えることを提唱されている。

② 行政手続法の制定の必要を説くものとして、田中二郎「行政手続の整備」自治研究三五卷二号、同「行政総論」一一七

頁、園部敏「続行政法の諸問題」三頁以下、三一頁以下、杉村章三郎「行政法の法典化」行政法講座一卷所収、鶴飼信成「法の支配」公法研究二〇号、杉村敏正「法の支配と行政法」公法研究二〇号、などがある。

③ 昭和三五年一〇月日本公法学会は行政手続の問題をとりあげ研究発表を行なった。田中二郎「行政手続法の諸問題」、中村弥三次「聴聞制度の比較法学的考察」、外間寛「アメリカ行政法における公正な手続」、荒秀「米行政法における exhaustion of administrative remedies の法理について」、尾上実「オーストリア行政手続法の問題点」、市原昌三郎「行政手続と行政訴訟との関係」、綿貫芳源「行政審判と法の支配」、山本正太郎「行政手続と行政監察の機能」、加藤泰守「訴願制度改正について」④ また、ジュリスト二二二号は、行政手続法を特集し、川上勝己「アメリカ行政手続法とその直面する課題」、山田幸男「イギリス—フランス・リポート」、金子宏「ドイツにおける行政手続法の過去と現在」、中村弥三次「イタリア・スペイン系行政手続法」、尾上実「オーストリア行政手続法の輪郭と問題点」を掲載している。

④ 昭和三六年に鶴飼信成編「行政手続の研究」(有信堂)が発行された。その内容は、第一部アメリカの連邦行政手続法の研究(一一三三八頁)、第二部日本行政手続制度の研究(二三九頁—三三二頁)からなっている。これからも判断できるように、その主要部分がアメリカ行政手続法の研究で終始している。そして、その内容は、第一部のアメリカ篇が、川上勝己「行政手続法制史」、和田英夫「行政立法手続」、猪俣幸一「行政審判手続」、橋本公旦「行政聴聞」、清水睦「行政審査官」、外間寛「行政調査」、和田英夫「アメリカ行政法の基礎構造」で、第二部の日本篇は、佐藤竺「行政事件訴訟特別法の立法過程」、兼子仁「行政事件訴訟特別法の実態」、猪俣幸一「行政手続の現状」である。この外、橋本公旦「米国行政法研究」(有信堂)、バーナー・ド・シュウオーツ著和田英夫訳「アメリカ行政法」が、アメリカ行政手続法の研究の一翼を担うものとして注目される。

アメリカ行政法関係の主たる論文を掲げると次のようなものがある。荒秀前掲論文、園部逸夫・千葉勇夫「アメリカにおける行政行為の立法部における統制—アメリカ行政法の諸問題」法学論叢六九卷五・六・七号、川上宏二郎「アメリカ行政法における実質的証拠の法則」九法六号、園部逸夫「行政上の法解釈に関する一考察」法学論叢六七卷一号、和田英夫「アメリカ行政法の基礎構造」法律論叢、川上勝己「アメリカ行政手続法とその直面する課題」ジュリ二二二号、杉村敏正「行政手続法の課題」

法教一号、小高剛「聴聞審理官の機能について」立法三五号、同「聴聞に関する序論的考察」立法三十一号、橋本公巨「アメリカ行政法における聴聞をうける権利」新報六八卷二号、外間寛・前掲論文、拙稿「アメリカ行政法に関する一考察」レファレンス一二六号、園部逸夫「アメリカ行政手続点描」税法學一四〇、一四二号、塩野宏「J・ランディス『規制機関に関する報告』の概要と問題点」ジュリスト二四〇号

25 このようにアメリカ行政手続法の研究が多く発表されるにいたつたのは、やはり、英法の自然的正義の支配 (Rule of Natural Justice) という基本的法理に立脚し、行政過程を規制する憲法上の原則、すなわち「適法手続条項」ないしは「公正手続の確保」による正当な国民の権利利益の保障の確保が、わが国も参考としなければならない必須なものと考えられるにいたつたためであらう。(綿貫芳源「行政審判と法の支配」公法研究二三号一八四頁)

アメリカの行政過程における手続規制の重要性は、裁判所の判例により、行政手続法の制定にまで進んでいる。これは、今日アメリカだけではなく、世界各国に通ずる一般的動向となつている。(田中二郎「訴願制度の改正をめぐる諸問題」(一)ジュリ二二三号七頁)

26 第四〇国会衆議院法務委員会において橋本公巨参考人は、「行政事件訴訟法案」に関する意見陳述において「そして、本法制定にあたり、同時に訴願制度の改正について、ぜひこの行政不服審査法の制定を実現せられんことを期待するものであります。ついでながら申しますと、その後の問題として、行政手続法の制定について、さらに将来お考えを願いたいと思うのであります」と強調されている。なお行政運営の簡素化と能率化、行政運営の画期的な体質改善をねらって昭和三六年一月九日「臨時行政調査会設置法」が施行された。臨時行政調査会は(1)行政の総合調整および予算、会計制度に関する部門を担当する第一専門部会(2)行政事務の合理的配分に関する部門を担当する第二専門部会(3)行政運営および公務員に関する部門を担当する第三専門部会からなり「行政手続法に関する問題」は第三部会の第二分科会で検討されている。この点の結論として、現行行政手続規定の改善にとどまるか、あるいは、あらたに行政手続法なる法体系の制定となるかはまだ明らかになっていない。そして、なお適正手続の確保と事務能率の両面をどのように調整していくかは今後の問題として残ると思われる。

第三節 アメリカ行政法の範圍

一 わが国の行政法の研究が今後歩むべき具体的方向は、一つには理論上の問題であり、二つには立法政策上の問題であろう。しかし、「これを理論的な問題として考えるならば、戦後の諸外国の行政法理論を比較法的に摂取し、その生成、発展の跡をたどることの必要は当然だろうし、これを立法政策上の問題として考えるならば、わが国における行政法の実態とその生いたつた土壌を見きわめることによつて、機械的な性急な外国法の移植を反省することが、基本的な前提として要求されなければならないであろう²⁷⁾」。

右のような見解を基本的な原則として肯定しつつ、本稿においては、前述（序説）したように、アメリカ行政法——とくに行政手続上の問題の一つをとりあげて検討を加えることにしたい。

二 デヴィスは、アメリカ行政法の重要部分を次の三つに分類している。すなわち、一つには、立法府から行政機関への権限の移譲、二つには、行政機関による権限の行使、三つには、行政機関による司法審査権の行使、である。

二〇世紀のはじめの二五年間は、行政法の主題は依然として、第一の権力分立論と委任立法禁止論、および第三の裁判所による司法審査権の行使の問題に集中されて来たが、現在のアメリカ行政法的主要関心事は大きな変化をきたした。もちろん、権力分立論は重要な基本的指導原理をなしているものの、行政的处理や行政活動に対してはほとんど何らの影響も与えておらず、さらに、委任立法の問題は連邦法から姿を消しているとし、また、第三の裁判所による司法審査権の行使の問題は、その三つの問題点の中でやはり最も重要な問題であり、また困難な問題であるということとを指摘し、この問題について今後さらに論争が続けられて行くであろうことを予想している。しかし、デヴィスによれば、第二の問題、行政機関による権限の行使、行政手続の問題こそ、第一と第三の問題とは別個に、現在重要な課題としてとりあげられ、また、とりあげられねばならないのである²⁸⁾。

三 一九〇八年、メイトランド (Maitland) は、「Queen's Bench Devision の最近の報告を判読すれば、報告さ

れた約半数の事件が行政法に関する事件であることに気づくことであろう²⁹⁾」とのべたが、二〇世紀の初頭においては、行政法の存在を認識しているものは稀有であつたように思われる³⁰⁾。この理由は、ひとえに、イギリス、アメリカにおける行政法に関する法理念が、A・V・ダイシーの「misconceptions and myopia (誤つた概念と近視眼的見方)³¹⁾」と名づけられた法思想の影響下にあつたためであるといえよう。すなわち、ダイシーの行政法に対する見解によれば、行政法はまったく英米法の基本原理たる法の優越または法の支配³²⁾の原則に背反するものであり、したがつて、イギリス・アメリカにおいては、フランス法的な行政法の存在は否認されなければならないのである³³⁾。すなわち、ダイシーは「行政法 (droit administratif) という言葉に対しては、イギリスの法律用語には、これにあてはまる適当な言葉がない。droit administratif にあたる最も自然な言葉は administrative law であるが、それはイギリスの裁判官や弁護士には知られていないものであり、もう少し説明をつけない限り、それだけではほとんど理解できないものである。このように、イギリス語には、droit administratif にあたる適当な言葉がないということは重要である。名前がないということは根本においては、イギリスでは、ものそのものを認めないということから起つてい

る。イギリスでは、そしてまた、イギリスにその文明の源泉を仰いでいる合衆国のような諸国では行政法の体系およびその基礎となる諸原理そのものは、全くのところ知られていない³⁴⁾」とのべた³⁵⁾。

しかし、アメリカにおいて、行政法の研究が全くなされていなかつたわけではない。アメリカにおける行政法の研究的系譜を辿ると、まず、Frank J. Goodnow³⁶⁾と Ernest Freund³⁷⁾による研究が見出される。とくに、グッドノウは、著名な大陸法の研究家であつたので、ダイシーの前述したような法の支配の原則の上にたつ主張を認めず、行政法の存在を認め、行政法の重要性を指摘した³⁸⁾。

グッドノウが行政法の存在を認め、その価値の重要性を唱いたにもかかわらず、ダイシーの主張は英米の法曹界に強い影響を与え、グッドノウやフロインドの著作は、法曹界で認められるにはいたらず³⁹⁾、したがって、行政法も、長年の間、英米法体系においてその存在価値を認められなかつたのである。しかしながら、このことは、行政法の発展を必ずしも妨げるものではなかつた⁴⁰⁾。

四 右にのべたように、ダイシーは行政法を否認し続けたが、結局は、時代の推移にともなう行政機能の増大により法の支配に対する尊敬の念が後退し、ダイシー自身もこの新しい傾向を認めないわけにはいなくなつた⁴¹⁾。ダイシーが否認したフランス行政法は、すでにフランス革命後、フランス法の重要な一部門としてその存在を認められ、フランスの法曹も、行政法の問題に着目し、行政法に関する貴重な著作が一世紀以上前から発表されてきた⁴²⁾。

このフランスにおける行政法の生成と展開に対比して、英米の行政法の発展は、全く無計画であつた⁴³⁾。英米においては、フランスの行政法学者が行なっている行政法の体系的分析はほとんどなされておらず、また、事実、行政法に関する顕著な著作は、まったく存在しなかつたといつても過言ではない。この点、行政法の地位を他の法部門の地位と比較すれば、自ずと明らかとなるところである⁴⁴⁾。

このように行政法に関する体系的文献が存在しないということは、英米の行政法の体系化にその後重要な影響をおよぼすにいたつた。そして、アメリカ行政法体系化の遅滞の事実は、とくに、英米の行政法体系化の理念とフランス行政法の体系化の理念とを比較することによつて、一層明瞭となると思われる⁴⁵⁾。

五 イギリスの Griffith と Street が指摘しているように、英米の行政法の概念が誕生したのは、直接的には、ダイシーが行政法の存在を否認した時であつたといつてよい⁴⁶⁾。しかし、ダイシーが行政法を否認したことは、フランス法制度に対するダイシーの誤まれる把握と認識から生じている。すなわち、ダイシーが、フランス行政法の本質を

司法救済の問題にすぎないと認識したところに、誤謬があつたのである⁴⁷⁾。

一般に、フランスの行政法の範囲は、ダイシーが認識した範囲よりも一層広範囲におよぶものである。これは、たとえば、フランスの Marcel Waline の最近の著作 “Traité Élémentaire de Droit Administratif” (6th ed. 1951) により、一層明らかにされよう。すなわち、Waline がとり扱っている行政法の分野は、英米の行政法に関する著作とは全く異なるものである。英米の行政法の文献は、その主要点を司法審査、委任立法、行政裁決、だけにしぼっているが、Waline は、行政組織（行政法上の「権利主体」）、行政規制権の行使とその限界、公務員法、行政上の財産の取得と管理、行政上の職務（契約、準契約、および不法行為賠償責任）などについて詳述している。

しかし、Waline が取り扱っているこのような行政法上の問題は、英米行政法学者にとつてみれば、直接には、行政学の問題であつて、行政法の問題ではない、すなわち、法律家の問題ではなく、政治学者の問題であるとされる⁴⁸⁾。それならば、アメリカにおける行政法とは、一体どのようなものであろうか。デヴィスによれば、「行政法は、行政上の権限と手続に関する法に制限される。したがつて、公行政に関する大部分の法は、排除される⁴⁹⁾」のである。

デヴィスが定義しているようなアメリカ行政法のこの制限的な見解については、種々の批判がなされている⁵⁰⁾が、ともかく、英米行政法の根底に流れる伝統的なコモン・ローの見解を否認するようなことは許されない。それならば、英米における行政法は、一体どのような分野をいうものであろうか。本質的には、それは三つに分類することができる。すなわち、(1)行政立法すなわち規則制定権（イギリスで一般に委任立法と呼ばれているもの）、(2)行政裁決権（すなわち私権や私的義務を決定によつて裁断する行政権）、(3)行政行為に関する司法審査権が、きわめて重要な興味ある問題なのである⁵¹⁾。

六 本稿は、アメリカの行政法に関する一研究であるので、行政法そのものについて一言触れておくことも無意味

ではあるまい。Sir Ivor Jenningsによれば、「行政法とは行政に関する法である。行政法は、行政官庁の組織、権限、義務を定めている⁵²⁾。」このジェニングスの行政法に関する定義は、前述のデヴィスの行政法に関する定義と対比すれば明確なように、英米の伝統的な法概念に基づく定義ではなく、むしろフランスの法概念から生れた定義と解される。なぜならば、これは、前述したWalineがフランスの行政法としてとり扱っている諸問題をも包含すると解されるからである。ジェニングスの行政法の定義は、伝統的な英米法の理論からすれば、当然行政学の分野に属する問題であつて行政法学者の問題ではない分野、たとえば、行政組織とか公務員法のような問題をも包含していると解される。

従来の英米法の概念に近い一般的定義としては、前述のアメリカのデヴィスの定義があげられよう。すなわち、「行政法は行政機関の権根と手続に関する法である⁵³⁾。」この定義によれば、行政法は、(1)行政府に賦与された権限と、(2)行政府がその権限を行使するための手続上の要件に関するものでなければならないことになる。しかし、このデヴィスの定義は、本質的には、イギリス行政法に関してGriffithとStreetがのべた行政法に関する定義と、異なるものではない。両教授によると、行政法は、三つの特定の問題、すなわち、第一には、行政府はいかなる種類の権限を行使するのか、第二に、これらの行政府の権限の限界は何であるか、第三に行政府をこれらの限界に留めておく方法はどうのような方法であるのか、に限定されなければならないのである⁵⁴⁾。

しかし、現在、英米の行政法学者が最も関心を抱いている問題は、右のような行政権に関する問題よりも、行政府の外部に対する行政権の問題なのである。英米においては、一般には、行政権が内部行政の問題に対して行使されている場合、すなわち、特別権力関係における行政権の行使は、私人に関する問題ではないという理由で、行政法上の問題にならないのである⁵⁵⁾。これに対し、行政府が、外部行政、すなわち私人の身体もしくは財産に対して行政権を

行使する場合には、行政法上重要な問題となる。それならば、どのような場合に行政府が私人の権利や義務に対し、自己の裁量権を行使することができ得るであろうか。それは、行政府が委任立法、すなわち規則制定権と、行政裁決権を行使する場合であるといえよう。したがつて、英米の法曹が行政法上伝統的に関心をもち、注目してきた問題は、行政機関が行使する立法権と司法権に関する問題であつたといえるのである⁵⁶⁾。

七 このように解してくると、英米の行政法の集点は、委任立法と行政裁決にあり、そして、そこに適用される法律は、委任立法権を有し、また裁決権を有する行政機関の法律であるということになる。これは、同時に、また、行政府がその権限を行使するための手続上の手段および行政権に対する司法上の支配に関して触れなければならないことを意味する。

最近、アメリカの行政法学者は、きわめて熱心に行政手続の問題に注意を向けるようになった。行政法に関する初期の学者が関心を抱いていた問題——行政機関の権限の問題と行政救済の問題——は、現在もなお重要であるものの、最近になつてとくに、行政府による権限の行使もきわめて重要であるとされ、そして、このような傾向からして、行政権が適切に行使されるための手続上の基準が強調されるにいたつた。そして、かかる要請に答えるべくして、一九四六年の連邦行政手続法⁵⁷⁾が制定されたのである。このような傾向は、アメリカのどの著作にも反映するにいたつた。そして、今日、アメリカの行政手続の重要な問題点は、行政過程そのものにあるとされてゐる。なぜならば、それは、行政府が委任立法権と行政裁決権を行使するに當つて遵守しなければならない手続に関する問題だからである。かかる理由から、アメリカ行政法という場合は、いわゆる行政法上の実定法を指すのではなく、むしろ行政手続とか行政救済に係る問題を指すと解しなければならぬ。したがつて、アメリカの行政府を構成する種々の行政機関に関する実定法は、ここで問題としている手続法とか救済法を明確にする場合以外はとり扱わないことにす

る。本稿でいう行政法とは、行政府を規律する法であつて、行政府が制定する行政立法を指すのではないことをことわつておかねばならない。

(27) 和田英夫「アメリカ行政法の基礎構造」法律論叢三四卷二頁

(28) Davis, *Administrative Law Treatise* (1958) vol. 1, 5—6. すなわち、具体的には、規則制定と行政審決の問題、また調査、監督、告訴、勧告、宣言、非公式な審決等のそれに附随する権限などが、今や重大な問題点をなすものとして強調されている。そして、この規則制定の問題の中には、聴聞の機会、種々の手続上の問題、解釈上、立法上の規則についての錯綜した問題が含まれ、また、訴訟の提起および訴訟過程における問題、制度的決定 (institutional decision) といわれる団体的ないし行政機関の決定の問題、また、官吏の偏見、裁判機能を損うところの裁判と調査や検察との分離、証拠排除の原則に代るべき記録外の情報や事実認定、理由、先例拘束性、決定の拘束力等の問題が、現代のアメリカ行政法の重要な問題として、指摘されている。

(29) Maitland, *The Constitutional History of England*, 508 (1908).

(30) Bernard Schwartz, *An Introduction to American Administrative Law*, 1 (1958).

(31) Frankfurter, Foreword, 47 *Yale Journal*, 515, 517 (1938).

(32) 法の優越又は法の支配については、すでにわが国において幾多の労作が発表されている。伊藤正己「法の支配」は、その代表的なものである。

Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 188 (9th, 1952) においてダイシーは、法の支配には三つの概念があることを指摘する。すなわち、「第一に、何人も国の通常裁判所によつて、通常の法的方法により確定された法に明白に違反した場合を除いては、罰せられることなく、又は身体財産に対し合法的に侵害を受けることはないことを意味する (p. 188)」それは、専断的権力の支配と対立する正式の法の絶対的な優位または優越を意味する。それは、政府の専断、特権の存在を排除し、政府の広汎な自由裁量の存在さえも排除する。イギリス人は、法によつて、そして法によつてのみ支配され

る。イギリス人は法違反について罰せられるが、それ以外の事で罰せられない。(p. 202) 右の意味は、「法の支配の優位」(Supremacy of Rule of Law)であり、「政府の側における専断的権力の排除」(Absence of arbitrary power on part of government)と云うことである。

第二の意味は、「第二に、何人も法の上になく、イギリスではすべての人は、その階級、身分に拘りなく、王国の通常法に服し、通常裁判所の管轄に服するということの意味する。イギリスでは、法的平等の観念、すなわち、すべての階級が通常裁判所により行われている一つの法に服するという観念は、その極限まで進められた。イギリスでは、すべての公務員は宰相から巡査又は収税官に至るまで、法的正当性なくしてなしたすべての行為について、他の市民と同様な責任のもとにある。」(p. 193) 「それは、法の前の平等、すなわち、すべての階級が通常裁判所によつて行なわれている国家の通常法に均しく服することを意味する。この意味での法の支配は、公務員又はその他の者が、他の市民を規律する法に服従する義務から除外され、又は通常裁判所の管轄権から除かれるという考えを排除する。われわれには、フランスの行政法や行政裁判所にあたるものはありえない。外国に知られている行政法の根底にある思想は、政府又は公務員の関係する事件や争いは、市民の裁判所の管轄外であり、且つ、特別な、多少とも行政的な機関によつて処理せられなければならないということである。このような観念は、イギリス法の全く知らないところであり、われわれの伝統や慣習と、根本的に相容れないものである。」(p. 202—203) この意味は、「法の前の平等」(Equality before the law)と云うことである。

第三の意味は、「憲法の一般原則(個人の自由、集会の自由など)は、裁判所に提起された特定の事件について、私人の権利を決定した司法判決の結果であるという根拠に立つて、法の支配があるということが出来る。ところが、多くの外国憲法のもとでは、個人の権利に与えられた保障は、憲法の一般原則から生じたか、又は生じたと思われるものである」(p. 195—196) 「法の支配は、憲法律すなわち他の諸国では当然に憲法典の一部を構成する規範が、われわれにあつては、裁判所が定め且つ強行する個人の権利の結果であつて、根拠ではないという事実、略言すれば、私法の諸原則が、裁判所と議会の行為によつて、国王及びその公務員の地位を決定するまで拡大されたこと、従つて、憲法は国の通常法の結果であることを表現する形式として用いられ

る」(p. 403) 橋本公宣「米国行政法研究」七頁以下。鵜飼信成「法の支配」公法研究二〇号。伊藤正己「法の支配」三頁以下。和田英夫「アメリカ行政法の基礎構造」法律論叢三五巻四号。

33 鵜飼信成「行政法の歴史的展開」四頁、一九一頁以下。和田・前掲論文

34 Dicey, *Law of the Constitution*, 180 (1885) 鵜飼・前掲書一九四頁

35 この点については、鵜飼・和田・橋本教授などの有意義な研究がある。

36 グッドノウは一八九三年に「比較行政法」(F. Goodnow, *Comparative Administrative Law*) を、ついで一九〇五年に「米合衆国行政法原理」(*Principles of the Administrative Law of United States*) を世に送っているが、彼は、そのため、アメリカ行政法を初めて「発見した」といわれ、また、その「比較行政法」は、アメリカの行政法の指南書であつたと評せられている。和田・前掲論文

37 フロインドは、一九一一年にはじめて、行政法に関するケースブック(*Cases on Administrative Law*, 1911) を著わし、第一部では行政権および行政行為の下に準司法および証拠、行政上の強制執行などを扱い、第二部では、損害または金銭回復訴訟、特殊な救済のための訴訟、管轄、最終性、司法的統制を扱っている。和田教授はフロインドについて、グッドノウを超えたユニークなアメリカ行政手続の問題提起と理論構成の一方を示しているものと評価している。和田英夫・前掲論文

38 Goodnow, *Comparative Administrative Law*, 7 (1893) 「わが国(アメリカ)のみならず、イギリスにおいても、大陸法的な意味の行政法が存在していた。それだけではない。行政法は、アングロ・サクソンの政治的發展に、英法の他のいかなる法よりもはるかに大きな影響を及ぼしてきた。」

39 Frankfurter, "The Task of Administrative Law," 75 *University of Pennsylvania Law Review*, 614, 616 (1927)

グッドノウが、長らくアメリカの法律学者に認められなかつた理由は、彼が、政治学、行政学的な見地から大陸行政法を導入したため、後年アメリカ行政法の中心課題となつた行政行為に対する司法審査の問題、行政手続の法的问题を考察しなかつたことによるようである。和田英夫・前掲論文

(40) ただ、行政法が英米の法体系において一般的に認められなかつたということが、行政法の順調な発展を困難にさせたことは事実である。Bernard Schwartz, *An Introduction to American Administrative Law*, 2 (1958).

(41) Dicey, *The Development of Administrative Law in England*, 31 L.Q., Rev. 148, 152 (1915). 橋本公亘・前掲書一〇頁以下。

(42) フランスは、「行政国家 (Pay à régime administratif)」といわれ、民法とは独立した行政法が存在し、また、司法裁判所から分離した行政裁判所が存在し、裁判所の二元性が保たれている。

フランスが、一七八九年の大革命により、アンシャン・レジームを打倒し、権利宣言を制定し、三権分立を確立した際、アンシャン・レジームの下において、高等法院 (Parlement) の演じた政治的役割を嫌悪して、革命時代の議員は、裁判所が再び国の政治または行政に関与することを恐れて、一七九〇年八月一六―二四日法を制定し、「司法作用は行政作用と異なり、かつ、常に区別される。裁判官はいかなる方法にせよ、政府の活動を阻害することができず、またその職務を理由として行政官を召喚することはできない」とした。さらに、行政訴訟に関し、元首の諮問機関であつた参事院は、一八七二年五月二四日法により、独立の行政裁判所となつた。

一八七三年二月八日の権限裁判所のブランコ (Blanco) 事件で「公役務において、国が雇傭する職員の行為により私人に生じた損害について国に帰し得る責任は、私人と私人との関係につき民法により定められる原理により支配され得ない」と判示し、それ以来、行政裁判所の判例により、行政法が発達して来た。野村敬造「フランス憲法・行政法概論」一六三頁以下。鈴木重武・田中館照橋「フランス法」時の法令四四一号以下参照。

(43) 「アメリカ行政法は、かくしてトプシー (Topsy) のように増大した」 Frankfurter, Foreword, "Final Report of the Attorney General's Committee on Administrative Law," 41 Columbia Law Review, 585, 586 (1941)

(44) たとえば、私法上の問題に関しては、まず関係条文を調べることによつて解決しうるかもしれないが、政府と市民との関係を規律する文献を調べようとしても、そのような文献はほとんど見当らない。

(45) 野村敬造「フランス憲法・行政法概論」一六三頁以下、橋本公貞「米國行政法研究」一一頁以下、鶴創信成「行政法の歴史的展開」一九五頁以下。

ダイシーによれば、フランスの行成法の基礎には、二つの指導的觀念がある。すなわち、その第一は、政府と政府のすべてのサーバントは国民の代表者として、私人とは違った特権をもっていること、第二は、いわゆる権力の分立を維持すること、である。そしてこの二つの原理の上に、行政法の四つの特色が示されるという。(一)政府と職員との一般私人に対する関係を規律する rules は laws には相違ないが、私人間を規律する laws とはかなり違ったものということ、(二)国家と私人との間の事件(行政事件)は、司法裁判所ではなく行政裁判所に係属すること、(三)司法裁判所と行政裁判所との併立から生ずる権限争議の問題は、フランスでは、権力分立の立場から行政裁判所は自己の権限については自ら決定しなければならないこと、(四)国のサーバントは、その上司の命令に忠実に従つて、職務を執行する意図で行動している限り、それがいかに違法であつても司法裁判所の監督統制をうけないということ、である。

(46) Griffith and Street, *Principles of Administrative Law*, 3 (1952).

(47) Bernard Schwartz, *op. cit.* 3 (1958).

(48) *Id.* at 3.

(49) Davis, *Administrative Law*, 2 (1951).

(50) Robson, "Administrative Law in England," in *British Government since 1918*, 88 (1950) は、「行政法は、商法が通商に関する法であり、土地法が土地に関する法であると同じように、公行政に関する法であると考えなければならない。行政法学者が、公行政に関する法をすてて、政治学者に公行政に関する法の発展を任すということは、行政に関する大部分の法を体系化しない状態にしておくことになる」とし、行政法は行政法学者によつて体系化されるべきであると説いている。

(51) Bernard Schwartz, *An Introduction to American Administrative Law* 3, (1958).

(52) Jennings, *Law of the Constitution*, 199 (4th ed. 1952).

63 Davis, *Administrative Law*, Treatise, vol. 1. 1. (1958).

64 Griffith and Street, op. cit. supra, p. 3, note 1. at 4.

65 「行政法は、行政機関の権限、手続、司法審査に関する法に限定される」「行政法は争訟もしくは規則制定の権限を有する機関の活動に限定される。公共行政の法の大部分は、かくして除外される……。それは機関とその職員のみに関係ある内部的諸問題におよばない」Davis, *Administrative Law* Treatise, vol. 1. 2—3. 1958. しかし、この内部行政法を行政法の一分野として体系化しようとする学者もないわけではない。その代表的な学者として、ハートとパーカーがあげられる。(1) ハートは、公行政を内部的行政（政府と行政官吏、行政官吏と行政機関との法的関係）と外部的行政（行政官庁と私的利益との法的関係）とに分類して検討している。Hart, *An Introduction to Administrative Law* 8-11 (1951). (2) パーカーは、手続的行政法（procedural administrative law）と実体的行政法（substantive administrative law）との区別を、一般行政法（general administrative law）と特別行政法（special or particular administrative law）の分類を示唆している。Parker, *Administrative law*, 4 (1952). 和田・前掲論文

66 Goodnow, *Comparative Administrative Law*, 9 (1893).

67 すなわち、グッドノウによれば、行政法学者は、行政法を「行政組織や行政権を定め、また行政権による個人の権利の侵害に対する救済を指示する公法の一部であると考えていた。」

68 連邦行政手続法については、本稿でも部分的には取り扱うが、その制定史については、川上勝己「行政手続法制定史」(鶴飼編・前掲書所収)に詳しい。また、アメリカ行政法をとり扱ったものの多くは、なんらかの形で行政手続法の制定を取り扱っている。たとえば、橋本公亘・前掲書八九頁以下、和田・前掲論文二二三頁以下。

第四節 アメリカ行政法上の行政機関

一 前節において、アメリカ行政法という場合は、とくに行政府が行使する行政権の手続に関する法もしくは救済法

を指すことを指摘した。それならば、右にみて来たようなアメリカ行政法上の行政機関とは、如何なる機関を指すものであろうか。行政機関に関しては、一九四六年の連邦行政手続法に定義があるが、それによれば、「行政機関とは、合衆国政府の権限を行使する各機関をいい、他の行政機関に属するか否か、または他の行政機関の審査に服するか否かを問わない。ただし、合衆国議会、裁判所、または属領、準州もしくはコロンビア特別区の政府に属するものは含まれない。」(第二条)としている。これによると、行政機関、すなわち政府の行政部門と解され、したがって、統治機構から立法府と裁判所を排除した残余の機関が、行政機関である、とされる。

二 しかし、アメリカの行政法学者の研究の対象は行政機関にあるのではなく、すでに指摘したところであるが、一般市民およびその市民の財産と行政権との関係——行政府と私的当事者の権利を包含するような諸措置にある。したがって、行政機関といつても、あらゆる行政機関を包含するのではなく、外部行政法だけに限られる。かかる観点からして、行政法上問題となるべき行政機関が当然限定される。以下、アメリカ行政法上、問題とされない行政機関のみを列举する⁵⁹⁾。

(一) 国防(軍事)関係の機関——国防は、国際間の緊張に際し、政府が遂行するきわめて重要な機能であり、この種の問題は、国内に対するよりは国外に対する問題である。これに対し、行政機関とは私人に対し行政権を行使する機関を指すという意味において、軍事・国防に関する行政機関は、アメリカ行政法上の行政機関には属しないとされる⁶⁰⁾。

(二) 外交関係の機関——(一)の軍事・国防の場合と同じく、外交問題を処理する行政機関も行政法の範囲外の行政機関とされる。すなわち、この種の行政機関は、また、私人の権利義務に直接影響をおよぼすものではないからである。ただし、特定の個人に不利益を与える場合、すなわち、市民が関係行政機関によつて旅券の発給を拒否され、旅

行する権利を剝奪されるような場合は、私人の権利・利益にかかわる問題であるから、行政法の範疇に包含されることになると思われるが、当然にこの点が行政法上の問題となるか否かについては、明かでない⁶¹⁾。

(三) 行政内部管理関係の機関——これは、予算上もしくは人事上の管理機能に属する機関である。これらの機能は、行政機関の内部関係だけに関係があるものであり、その効果は、私人の権利・義務に関するものではないという理由で、この種の機関も除外される。

(四) 国家行政の研究・計画・資料の蒐集関係の機関——政府機関の中には、国家行政の研究、その計画の立案、資料の蒐集、報告の提出、を目的とする機関がある。この種の機関は主として行政上の事実関係を明らかにするために設立されており、私人は直接的にはほとんどこれに関与せず、関係もない。このため、この職務もまた、私人の権利・義務に直接法律上の効果をおよぼすものではないという理由で、行政法上の機関に包含されない。

(五) 公企業関係の機関——従来、もっぱら私企業が運営していた企業を、経済・社会の変転に伴い、公企業として行政機関が行わなければならなくなつた。この種の行政機関は、政府が産業もしくは通商などの企業に介入した場合のものである。たとえば、Tennessee Vally Authority などが、その代表的な例としてあげられよう。もちろん、この種の政府機関の機能は、私人の権利・義務に全く影響を与えないとはいえない。したがつて、この公企業的活動分野は、まだ研究の余地が残されているといえるが、一般には、これらの行政機関は、行政法学者の対象外におかれており、行政法上の機関から排除されることになる⁶²⁾。

三 以上アメリカ行政法上、その対象とならない行政機関を列挙したが、それならば、その反対に、行政法上の問題となる行政機関には、どのような機関があるであろうか。これを大別すれば、二つの種類の政府機関があげられよう。すなわち、一つは、(1)立法的機能を行使する機関、(2)司法的機能を行使する機関、(3)特定人に一定の権利を付与

しうる（たとえば免許とか料金の決定など）機関である。アメリカにおいては、右のような権限が付与されている機関を、「規制機関」(regulatory agency)と云っている。その理由は、この種の行政機関は、私人の身体もしくは財産を侵害し、あるいはかかる行為を規制する権限を有しているからである。

二つは、国家社会事業計画、たとえば恩給、社会保障等に関する権限を付与された機関である。

アメリカ行政法上とくに問題となるのは、右の第一にあげた行政機関、すなわち、私人の身体もしくは財産権を侵害する規制権を付与されている行政機関である。アメリカの行政機関の大部分は、種々の経済面の規制に関連して、この種の権限を行使している。ただし、第二の種類の行政機関（社会保障行政等を担当する機関）も、きわめて重要視されつつある。前述したように、これらの機関の権限は、性質上、立法的な権限と司法的な権限とを有しているのである。行政手続に関する法務長官の委員会が述べたように、「近代アメリカ行政機関の顕著な特徴は、私人の権利義務を——規則制定にせよ、行政決定にせよ——決定する権限を行政機関が有していることである⁶³⁾。」

⁶³⁾ この部分は、主に Bernard Schwartz, *An Introduction to American Administrative Law*, 7 (1958) を参照した。

⁶⁴⁾ なお、行政手続法第四条「合衆国の陸海軍の職能もしくは外交上の職能」の意味については、単に陸軍省と海軍省の活動だけに限定されず、すべての官庁の行う陸海軍の職が含まれ、したがって、たとえば、沿岸防衛的機能や連邦動力法第二〇二条に基づく連邦動力委員会の機能のようなものもこの軍事的機能の一環として、除外例とされる。鵜飼編前掲書所収和田英夫「行政立法手続」三五頁

⁶⁵⁾ 行政手続法第四条の「外交の事務に関する職能」の意味については、上院下院の報告では、「合衆国の国境を越えて行使されるすべての機能」というような広い解釈ではなく、より狭く、たとえば、「この規則制定を公示すると、明らかに望ましからざる国際的重大問題を惹き起すであろうと思われる程の影響を他国の政府との関係に及ぼす事務」であるとされる。したがってアメリカ国務省の大部分の機能および他の行政機関の外交上の機能がこの除外例に該当することになると思われる。和田・同

右論文参照。

62 第四条の公的財産に関する職能については、(一)公共財産 (Public property) については、国またはその行政機関の所有に属する不動産・動産の売却・貸付に関するもの、(二)公共的な貸付金 (Loans) たとえば再建資金公社 (Reconstruction Finance Corporation) 商品信用公社 (Commodity Credit Corporation) 農場信用管理庁 (Farm Credit Administration) など、また連邦住宅局 (Federal Housing Authority) 在郷軍人管理局 (Veterans Administration) (三) 交付金 (Grants) は補助金 (Subsidies) や連邦政府から道路・飛行場・失業補償などに関して州政府に交付する補助交付金 (Grant-in-aid) も含まれる。(四) 扶助金 (Benefits) は在郷軍人年金や老年者年金などを指す。(五) 公共的な契約に関する適用除外例として、連邦政府の締結する建設契約や調達契約の条件として定める貸金決定など。和田・同右論文三五—三六頁。なお、行政手続法第五条は制定法が聴聞の機会を与えることを明言している場合でも、正式手続を適用しない行政機関の裁決手続を列記している。(1) 裁判所において、法律問題及び事実問題につき、初審的審理に服する事項、(2) 行政手続法一条により任命される審査官を除き、合衆国の公務員又は雇傭人の選衡又は在職条件、(3) 検査、試験、又は選挙に基づいてなされる決定、(4) 陸海軍又は外交上の事務の遂行、(5) 行政機関が裁判所の代理行為をする場合、(6) 被傭者代表の証明。

63 Report of the United States Attorney General's Committee on Administrative Procedure, 7 (1941)

私人の権利を裁決する行政機関は合衆国政府官庁便覧 (United States Government Organization Manual) によると五四ある。このうち二つは立法部門内にあり、二六は独立しており他の二六は執行部省 (executive departments) 内にある。The Office of Administrative Procedure in the Department of Justice によれば裁決的機能を営む行政機関の数は一二〇におよび、Monrad G. Paulsen, "Legal Institutions Today and Tomorrow," 1959 p. 111 Warner W. Gardner, "Administrative Process"